

REFINANCIACIONES DE DEUDA Y RESPONSABILIDAD DE LA BANCA

Juan Sánchez-Calero Guilarte*

Intervención en la Mesa Redonda, celebrada el 20 de mayo de 2010 dentro de la
Jornada

*Refinanciaciones de Deuda y Concurso de Acreedores: Balance y Perspectivas de
Regulación*

Organizada por el Departamento de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM) y la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, con la colaboración del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, el Colegio de Registradores de España, el Registro de Economistas Forenses y la Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (FIDE), celebrada en la Facultad de Derecho de la UCM

Catedrático de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
E-mail autor: jscalero@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

Documento depositado en el archivo institucional *EPrints Complutense*
<http://eprints.ucm.es/>

REFINANCIACIONES DE DEUDA Y RESPONSABILIDAD DE LA BANCA

Juan Sánchez-Calero Guilarte

Resumen: La responsabilidad de las entidades de crédito que participan en refinanciaciones se aborda desde distintas hipótesis. Comenzando por la definición de refinanciación, pasando por el hecho de denegar o concederla y terminando por las varias clases de responsabilidad imaginables (concursal, societaria, administrativa, etc.). El acogimiento de una refinanciación al régimen especial establecido en la Disposición adicional cuarta LC limita notoriamente la eventual responsabilidad de las entidades crediticias.

Palabras clave: Concurso, bancos, refinanciación, responsabilidad.

Abstract: Liability of financial institutions taking part in refinancing operations is assessed on the basis of different hypothesis. Starting from the definition of refinancing, through the fact of either denying or awarding it, we end with the several sorts of imaginable liability (bankrupt, corporate, administrative, etc.). The submission of a refinancing operation to the special regulation set in the Fourth Additional Provision of the Insolvency Act patently limits the possible liability of financial institutions.

Key words: Insolvency, banks, refinancing, liability.

SUMARIO

1.	Un catálogo de cuestiones abiertas	4
2.	La finalidad del concurso y la de las refinanciaciones	6
3.	La variedad de supuestos de refinanciación y de la consiguiente responsabilidad bancaria	7
4.	Responsabilidad, ¿por no refinanciar?	8
5.	La refinanciación como opción de los acreedores	9
6.	Refinanciación denegada y responsabilidad extracontractual.....	10
7.	Un apunte sobre las refinanciaciones y la comunicación del art. 5.3 LC.	13
8.	Refinanciación denegada y responsabilidad precontractual	14
9.	Refinanciación, concesión abusiva de crédito y responsabilidad concursal	14
10.	Refinanciación y responsabilidad societaria: los bancos como administradores de hecho o administradores ocultos	17
11.	Refinanciación y responsabilidad administrativa	19
12.	Recapitulación	20

Aunque sea brevemente, no puedo dejar de expresar la satisfacción que supone poder participar en esta Jornada organizada por nuestro Departamento. Este curso que termina, el Departamento de Derecho mercantil ha organizado muy diversos eventos, que han tenido como común denominador servir de respuesta a las cuestiones novedosas que deparaba la realidad mercantil. Mi reconocimiento a nuestro Director, el Profesor Gaudencio Esteban. Hoy nos congrega de nuevo la Profesora Juana Pulgar al debate sobre el Derecho concursal, en esta ocasión para recapacitar sobre una materia de singular interés. Las refinanciaciones ocuparon al legislador hace un año, como uno de los pilares de la reforma concursal de 2009. Su práctica, de alcance empresarial relevante y plagada de interrogantes jurídicas, no ha decaído en el marco de esta crisis ya prolongada.

1. Un catálogo de cuestiones abiertas

El título de esta Mesa Redonda me parece sugerente, pues introduce una notable confusión. Se nos pide que abordemos la responsabilidad de los bancos en materia de refinanciación¹, en el bien entendido de que hablamos de la responsabilidad de determinados acreedores (los que con anterioridad ya habían financiado al deudor en dificultades o que termina en estado concursal). Una responsabilidad que se genera por el comportamiento de esos acreedores en la refinanciación. Pero, ¿cuál ha sido ese comportamiento? ¿Negar la refinanciación? ¿Concederla? ¿Es la determinación de las condiciones convenidas o “impuestas” al negociar la refinanciación el origen de esa responsabilidad? Tampoco está claro quién es el acreedor frente al que pueden terminar respondiendo esos bancos implicados en la refinanciación. ¿Responderán frente al deudor (incluidos sus accionistas o trabajadores)? ¿Frente a otros acreedores? Finalmente, igual incertidumbre acompaña al ámbito de esa responsabilidad. ¿Se

1 En estas páginas, el concepto de refinanciación se entiende referido, únicamente, a aquellos acuerdos que caen dentro del ámbito de aplicación de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introducida por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo.

nos pregunta sobre la responsabilidad que implica el concurso, incluida la derivada de la fase preconcursal? ¿O hablamos de una responsabilidad general, que contemple el significado de la refinanciación como fuente de responsabilidad contractual o extracontractual?

Las preguntas que he apuntado trataré de responderlas como vía hacia la resolución de la incertidumbre fundamental que, desde que recibí la invitación a esta Mesa Redonda, me he planteado. Se trata de establecer si la refinanciación termina en convertirse en causa de una responsabilidad bancaria, así como de determinar la naturaleza de la misma (administrativa, civil o penal, concursal o extraconcursal).

Resta una advertencia preliminar sobre el alcance de mi exposición, para lo que debo detenerme en el significado del término refinanciación. Legalmente, las refinanciaciones son los acuerdos que contempla la Ley Concursal (LC) a partir de su reforma de 2009 y que, como es sabido, están sometidas a ciertas condiciones objetivas y procedimentales. Las páginas que siguen abordan la cuestión de la responsabilidad de las entidades refinanciadoras en relación con esas operaciones. No se abordan los problemas de refinanciaciones que ni por el pasivo afectado, ni por las condiciones y garantías adoptadas, se encuentran en el ámbito de la regulación preconcursal. Esta diferenciación obedece a la manifiesta diferencia del régimen jurídico de unas y otras, que se traslada sin duda a las causas de una eventual responsabilidad a las entidades acreedoras. Unas cuentan con un régimen especial, mientras que otras están sometidas al régimen general.

Las refinanciaciones acogidas a la Disposición Adicional Cuarta LC puede que hayan sido cualitativamente importantes. Hablamos de procesos de negociación que en su mayoría han culminado con la firma del correspondiente acuerdo que ha permitido la continuidad de grandes grupos y empresas (algunas sociedades cotizadas). Que el número total de esas operaciones parezca reducido no debe llevar a considerar que estamos ante un fracaso normativo. Las refinanciaciones

han afectado de manera directa a un número reducido de grandes empresas, pero su influencia indirecta no puede ser desdeñada, en especial en el marco de una recesión económica especialmente severa. Una influencia positiva que afecta tanto a las sociedades que por esta vía han eludido el concurso o han llegado a éste en unas condiciones revisadas, como a las propias entidades acreedoras.

2. La finalidad del concurso y la de las refinanciaciones.

También con el propósito de situar y conectar en la dirección adecuada para conectar las cuestiones que siguen, resulta conveniente detenernos con brevedad en una consideración general y básica a la vez: cuál es la finalidad del concurso en nuestro sistema legal y cómo influye en la fase preconcursal. Hace tiempo que vengo observando en la evaluación de nuestro sistema concursal un grave error de planteamiento, especialmente perceptible al hilo de las sucesivas reformas de la Ley Concursal (completadas o en curso) y que se reitera en las páginas de los medios de información económica. Me refiero a la repetida imputación a la LC de la avalancha concursal que asola nuestros Juzgados mercantiles desde hace más de dos años, como si el alto número de concursos fuera consecuencia directa del rigor o de la inflexibilidad de la norma o de la tardanza de su reforma². Nada hay que reprochar a la LC en ese sentido. Como se ha tenido que recordar de manera autorizada y en fecha reciente, el concurso no persigue evitar que el deudor insolvente se vea abocado al procedimiento concursal, sino que su finalidad esencial es la de ordenar y permitir, en su caso, la satisfacción a los acreedores ante la declaración de tal condición insolvente de su común deudor³. Determinar esa finalidad esencial cobra un especial valor interpretativo para la aplicación de la LC. Las refinanciaciones tienen que ser analizadas desde esa perspectiva,

² A este error informativo me he referido en algunas entradas incluidas en el blog <http://jsanchezcalero.blogspot.com/>. Sirva de ilustración de esa orientación errónea el titular de una información: “La nueva Ley Concursal deja desprotegidas a 7000 empresas”.

³ v. la conferencia de apertura del Profesor Manuel Olivencia, “La satisfacción de los acreedores como fin esencial del concurso”, pronunciada en el II Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, celebrado el pasado mes de abril en Murcia.

singularmente cuando a partir de su negociación y eventual celebración se plantea una posible responsabilidad de los acreedores bancarios. Cuesta entender que nazca responsabilidad alguna de cualquier refinanciación que respete esa finalidad del concurso.

Esta reflexión inicial la hago porque, precisamente, en las refinanciaciones aflora la que el Prof. Olivencia ha definido como una de las finalidades subordinadas del concurso: la finalidad conservativa que apunta a hacer posible la continuidad de la actividad del deudor. Toda refinanciación debe responder, *“en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo”* (v. DA Cuarta, apartado 1 LC). ¿Quiere esto decir que al evaluar el comportamiento de los bancos en la refinanciación nos encontramos con un cambio de orientación? ¿Qué en las refinanciaciones se convierte la conservación de la empresa en el criterio legal determinante al que debe adaptarse la actuación de los acreedores participantes? La respuesta la dejo para el final.

Pasemos a analizar algunas situaciones en las que se planteará si concurre responsabilidad de las entidades de crédito implicadas en la refinanciación.

3. La variedad de supuestos de refinanciación y de la consiguiente responsabilidad bancaria.

Planteada en términos generales la responsabilidad derivada de la refinanciación preconcursal, resulta obligada la matización frecuente en orden a diferenciar la manifestación y el alcance del problema en función de la identidad del deudor. Aunque la DA Cuarta LC nada dice con respecto a la refinanciación como un escenario imaginable sólo con respecto a los deudores/empresarios, que se supedita su finalidad a la continuidad de la actividad del deudor parece limitar subjetivamente el ámbito de los acuerdos de refinanciación. Ello no descarta, sin embargo, que el acuerdo de refinanciación afecte a una pequeña empresa o a un empresario individual y que el acuerdo implique a un único acreedor o a un

número reducido de ellos, mientras que la refinanciación de grandes empresas o grupos puede suponer la participación en el acuerdo de decenas de entidades de crédito, vinculadas además a través de sindicaciones o figuras similares. Es notorio que la disparidad de las circunstancias que concurren en uno u otro caso impide dar a las consideraciones que se puedan hacer a continuación una validez general. Los perfiles de la eventual responsabilidad serán muy distintos en función de cuál sea la identidad del deudor, del objeto de la refinanciación y de las relaciones que se hubieren establecido antes o con posterioridad a alcanzar un acuerdo de refinanciación.

Al valorar la eventual responsabilidad de las entidades que conceden la refinanciación conviene tener presente la posición en la que se encuentran en cada una de las hipótesis apuntadas, en especial desde la perspectiva de cuál era su relación con el deudor y su capacidad de influir en el desarrollo de la actividad de éste. En esa tarea me permito insistir en la necesidad de una aproximación prudente, que debe iniciarse por una revisión objetiva del acuerdo de refinanciación. Como ya he señalado en otro lugar, la aplicación del régimen legal de las refinanciaciones pasa por no practicar lo que he calificado como una *“visión conspirativa o esencialmente fraudulenta”*, de esas operaciones⁴.

4. Responsabilidad, ¿por no refinanciar?

La relación entre la refinanciación de una empresa y la responsabilidad de los bancos nos sitúa, curiosamente, ante la inexistencia de la primera. ¿Cabe plantear una responsabilidad por no acceder a la refinanciación? Desde un punto de vista general es un argumento no ya frecuente, sino manido, que los gestores de una empresa que solicita el concurso justifiquen la insolvencia en no haber obtenido

⁴ Me remito a SÁNCHEZ-CALERO, J, “Refinanciación y reintegración concursal”, ADCo 20 (2010), p. 17

el nuevo crédito bancario que habría permitido continuar con la actividad de la empresa.

Con mayor énfasis se utiliza esa “*explicación*” cuando se refiere a una refinanciación no lograda. La previsibilidad de este argumento encuentra un argumento poderoso en la propia literalidad de la normativa concursal en materia de refinanciaciones, que vimos que las vincula con la idea de la continuidad de la actividad del deudor. Hay una cierta habilidad en quienes alteran el planteamiento normativo. Las disposiciones introducidas en la DA Cuarta LC parten de que se refinancia siempre que ello permita la ejecución de un plan de viabilidad que facilite la continuidad de la actividad del deudor. Esa relación se altera interesadamente cuando se pretende que, existiendo un plan de viabilidad que contemple la refinanciación, ésta debe ser concedida. Quien financió a un deudor que se ha revelado como un insolvente actual o inminente, habría quedado obligado a continuar refinanciando. La conclusión es falaz pero sencilla: si se niega la refinanciación, ésta se convierte en la causa del concurso (voluntario o necesario) y los responsables de ello serán los que negaron la refinanciación. Un argumento que puede ser eficaz en el plano empresarial y sociopolítico, pero que es jurídicamente inane.

5. La refinanciación como opción de los acreedores.

La refinanciación no es una obligación. Es una opción de los acreedores, a la que no olvidemos que éstos acceden para evitar el concurso del deudor, pero no como forma de permitir que éste continúe con su actividad, sino como solución para poder cobrar sus créditos (actuales o ampliados) sin llegar al concurso. Desde la perspectiva de los acreedores, las refinanciaciones no son instrumentos de saneamiento del deudor, sino de satisfacción de sus créditos. Las anima la búsqueda de una mayor seguridad en el cobro, bien por implicar una mejora en la solvencia y liquidez del deudor a través de la “*ampliación significativa del crédito disponible*” o de la modificación de obligaciones y condiciones (v.gr., la

ampliación de plazos de reembolso, introducción de carencias, etc.), bien por reforzar las garantías. Mas ni siquiera allí donde la viabilidad aparezca como una hipótesis verosímil, cabe entender que existe una obligación a refinanciar. Financiar a una empresa no obliga a refinanciarla. Esto que parece tan obvio y lógico se discute en el preámbulo de una situación de crisis.

Toda refinanciación es un acuerdo entre el deudor y sus acreedores. Un acuerdo nuevo y autónomo con respecto a la financiación precedente. La naturaleza convencional de toda refinanciación se aprecia en la propia DA Cuarta LC, en donde se repite la referencia a los *acuerdos* de refinanciación que el deudor debe de alcanzar con un determinado número de acreedores, a quienes además se pide que *suscriban* este acuerdo. Esa naturaleza convencional nos lleva como punto inicial al reconocimiento de la libertad de contratación de los bancos afectados a la hora de prestar o no su consentimiento a la refinanciación que se les presenta. La refinanciación es normalmente también una novación contractual, pero no por ello deja de ser también un acto voluntario.

Es cierto que estas consideraciones que parecen tan elementales pueden situarnos ante escenarios complejos si pensamos en la habitual opción por financiaciones sindicadas. En este caso el consentimiento se refiere en muchas ocasiones a un grupo de entidades de crédito que han otorgado un mismo riesgo crediticio y que han arbitrado en el contrato en cuestión las formas de actuar frente al deudor. En estos casos serán esas reglas las que tendrán que determinar cómo se adopta el consentimiento a favor de la refinanciación por parte de quienes han sido hasta ahora financiadores sindicados.

6. Refinanciación denegada y responsabilidad extracontractual.

La refinanciación que no se concede propone algunas cuestiones interesantes desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual. Por regla general, la refinanciación que se niega desde un principio o que se descarta tras un proceso

de negociación no genera una responsabilidad extracontractual para los frustrados refinanciadores. En el supuesto descrito faltan algunos de los presupuestos imprescindibles para siquiera llegar a plantear esa responsabilidad (cfr. art. 1902 CC). Ni se podrá atisbar en la negación de la refinanciación un acto culposo o negligente (resulta difícil sustraerse al comentario de que, probablemente, la refinanciación de determinados deudores sí que daría lugar a tal conducta), ni habrá fundamento alguno para considerar que entre la negativa bancaria y el daño (vinculado con la declaración concursal posterior y que habrá que acreditar) existe la imprescindible relación de causalidad. Defendida la libertad contractual de cualquier entidad para denegar la refinanciación, nada habrá reprochable en esa negativa, que se inserta en la autonomía y responsabilidad (societaria y administrativa) empresarial de cualquier acreedor bancario.

Expuesto lo anterior, no podemos dejar de señalar que, a veces, la realidad depara situaciones que no animan a formular conclusiones tan rotundas. Las refinanciaciones no suelen producirse en escenarios pacíficos o discretos, muchas veces a pesar de los acreedores. Las situaciones preconcursales suelen estar teñidas de un cierto dramatismo. No faltan situaciones en las que se hace público el inicio de la negociación orientada a la refinanciación, con lo que se traslada (o al menos se pretende hacerlo) sobre los bancos la presión (latente o explícita) para que accedan a ese acuerdo. La conducta de los bancos debe exagerar la prudencia en sus manifestaciones y en las referencias que toleren. La realidad ofrece casos en los que la refinanciación se verá acompañada por lo que podríamos llamar una campaña de promoción pública o publicitaria. Aquí es donde cabe recomendar una especial cautela a las entidades de crédito, puesto que en el manual de las empresas en crisis figura invocar frente a los demás acreedores la “*inminente*” refinanciación como medida que zanjará los problemas actuales que vienen creando una cierta zozobra en los acreedores de una determinada entidad. En sentido contrario, no es infrecuente que se alegue que, ante el acuerdo ya alcanzado por el deudor con otros acreedores relevantes

(Hacienda, Seguridad Social, etc.), las entidades de crédito están “obligadas” a refinanciar.

En estos casos, al objeto de delimitar o eliminar cualquier posible demanda de responsabilidad, los bancos deben de impedir en todo caso ser partícipes en ese tipo de anuncios con mayor o menor fundamento. ¿Deben acaso desmentir la existencia de conversaciones? Esto puede parecer un tanto aventurado pero quizás no lo fuera en cuanto a una enmienda a las afirmaciones que aseguren que se ha alcanzado un acuerdo en materia de refinanciación. El asunto es ciertamente complejo, puesto que la noticia que los bancos den sobre que no han consentido, por el momento o de forma definitiva, la refinanciación, puede ser utilizada posteriormente como un hecho dañoso por parte del deudor y exigir de éstos una cierta responsabilidad. Para ello se alegará que esa noticia arruinó cualquier posibilidad de acuerdo con los demás acreedores (puesto que la concesión de la refinanciación era condición esencial para alcanzarlo) o produjo un daño reputacional (pérdida de oportunidades de negocio) e insuperable para la empresa en cuestión o para sus accionistas (hundimiento de la cotización). Por eso en estas situaciones, la actitud de los bancos suele ser de una prudencia extrema, caracterizada por hacer efectiva aquella máxima de Baltasar Gracián que recomendaba el silencio como estrategia. Tratar de desmentir una mentira puede ser problemático. Por eso los bancos pensarán que así como de sus palabras se pudieran ver obligados a arrepentirse, de sus silencios nunca. Sucede, sin embargo, que el ordenamiento convierte el silencio en fuente de responsabilidad, en especial cuando genera una confianza en terceros.

Reitero que en todo lo que es la responsabilidad extracontractual basada en la negativa a conceder una refinanciación, la apariencia de la confianza creada en terceros es la circunstancia de más compleja pero también fundamental valoración.

7. Un apunte sobre las refinanciaciones y la comunicación del art. 5.3 LC.

La comunicación prevista en el art. 5.3 LC puede jugar algún papel en relación con el tema que nos ocupa. Es notorio que tal precepto no está pensado para las refinanciaciones, lo que no ha impedido que se produjera una repetida confusión entre el plazo que allí se concede para abordar la propuesta anticipada de convenio y el inicio de una fase de refinanciación⁵. También lo es, sin embargo, que no cabe descartar que acogida esa vía, las conversaciones entre el deudor y sus acreedores desemboquen en un acuerdo de refinanciación⁶. El mismo precepto no establece un determinado contenido a la mencionada comunicación, lo que ha dado lugar a posturas diversas de nuestros Juzgados mercantiles, pero que en lo que aquí importa supone abrir la puerta a la posibilidad de que el deudor aproveche ese trámite para realizar determinadas afirmaciones con respecto a la real o ficticia negociación de su refinanciación. Puede decir que se ve forzado a realizar esa comunicación (que presupone un estado de insolvencia actual) ante la negativa a la refinanciación, o puede por el contrario decir que no descarta, en el marco de la negociación de una propuesta anticipada de convenio, alcanzar un acuerdo sobre su refinanciación. Menciones que permiten plantear si cabe algún tipo de supervisión, comprobación o, incluso, inadmisión judicial de esas afirmaciones, así como cuál pudiera ser el margen para la reacción de los acreedores.

⁵ V., GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., "En torno al nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal", ADCo. 19 (2010), p. 125, que critica con acuerdo la confusa utilización que se está haciendo de esa comunicación previa.

⁶ V. las referencias a la cuestión en PULGAR, J., "Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex. art. 5.3 LC en el marco del RDL 3/2009", RcP 11 (2009), pp. 54-55 o SÁNCHEZ-CALERO, J., "La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)", RcP 11 (2009), pp. 94-95 y la más reciente de GARCÍA-VILLARRUBIA, M./RODRIGUEZ, J.E., "Los acuerdos de refinanciación tras la comunicación ex artículo 5.3. Ley Concursal", ADCo. 20 (2010), pp. 596 y ss.

8. Refinanciación denegada y responsabilidad precontractual.

Por otro lado, también parece necesario recordar algo evidente. Los acuerdos que nos ocupan no implican, desde la perspectiva de las entidades de crédito, un mero acto de consentimiento a favor de la concesión o de la denegación de la refinanciación interesada. En empresas de relativa dimensión y allí donde la refinanciación implica el mantenimiento o la ampliación de un crédito de relevante importe, el pronunciamiento de los bancos se habrá visto precedido por una fase de negociación. En esa fase es donde pueden haberse producido determinadas actuaciones que se entienda que implican una responsabilidad para las entidades que terminaron denegando la prefinanciación. Se adivina en relación con las refinanciaciones toda la problemática que acompaña a la responsabilidad exigible en relación con tratos preliminares o preparatorios o, incluso, con un precontrato. Habría en esa situación que trasladar al análisis de la concurrencia de responsabilidad de las entidades financiadoras (pero no refinanciadoras) la doctrina jurisprudencial relativa a ambas figuras y en relación con el art. 1254 CC.

9. Refinanciación, concesión abusiva de crédito y responsabilidad concursal.

Llegamos así a la responsabilidad derivada del hecho de haber concedido la refinanciación. Aquí nos encontramos ante categorías mucho más asentadas en lo que es el Derecho concursal y en donde aspectos inherentes a las refinanciaciones que se vislumbran como generadoras de una responsabilidad a cargo de las entidades de crédito que han participado en el acuerdo. Nos encontramos, en primer lugar, ante las situaciones en las que los términos de la refinanciación pueden llevar a pensar que se ha producido una concesión abusiva de crédito⁷.

⁷ Como es conocido, la responsabilidad de las entidades de crédito por la concesión abusiva de crédito ha sido ampliamente tratada en algunos ordenamientos. Para analizar el encaje de la figura en nuestro ordenamiento, v. la aproximación general que realiza RUBIO VICENTE, P.J., "Concesión abusiva de crédito y concurso", RcP 8 (2008), p. 247 y ss. y con respecto a la cuestión en el marco de acuerdos de refinanciación, v. PULGAR EZQUERRA, J., "La responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de

Una concesión que ha situado al deudor en unas condiciones particularmente lesivas desde el punto de vista de su continuidad y que han supuesto en buena medida el presupuesto de la posterior declaración de concurso. Esa responsabilidad de los bancos podrá plantearse en ocasiones como una generación de daños a la masa activa⁸ o a determinados acreedores sobre la base de las garantías de las condiciones pactadas en la refinanciación. Siempre me ha parecido que la llamada concesión abusiva de crédito era una figura de extraordinaria complejidad, por ubicarse en un terreno tan resbaladizo como el de la valoración de la oportunidad de la concesión de crédito a un deudor que es insolvente o que lo va a ser de forma inminente. Esa complejidad se ha puesto de manifiesto al estudiar las soluciones adoptadas en algún ordenamiento comparado⁹.

El segundo supuesto de responsabilidad de los bancos ante la refinanciación es el que subraya que precisamente fue la concesión de esa refinanciación el origen de una demora en la solicitud del concurso que ha supuesto llegar al concurso en condiciones mucho más perjudiciales que si se hubiera solicitado en el momento en que se firmó la refinanciación. Se dirá que lo único que consiguió la refinanciación es favorecer a los bancos refinanciadores y en cambio ello ha conllevado un deterioro sustancial del patrimonio del deudor en detrimento del resto de los acreedores y de los demás intereses vinculados con su actividad.

La exigencia de responsabilidad como consecuencia de la refinanciación concedida al deudor que termina en concurso me parece, sin embargo, de difícil

crédito en Derecho español”, en AA.VV., *Tendencias actuales en torno al mercado del crédito*, (dirs. Pulgar, J./Vargas, C.), (Madrid 2010), p. 111 y ss.

⁸ Es precisamente el interés por evitar el sometimiento de determinadas refinanciaciones a las acciones rescisorias lo que inspiró el Real Decreto-Ley 3/2009. En cuanto a los procedimientos judiciales precedentes, v., entre otros muchos materiales, el comentario jurisprudencial de GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Refinanciación de deuda y perjuicio patrimonial”, RcP 10 (2009), p. 295 y ss.

⁹ V. RUBIO VICENTE, *op. cit.*, p. 254 y ss. y las referencias que hace a la evolución de la legislación francesa.

aceptación. Siempre con la cautela a la que obliga la variedad de supuestos en atención a la naturaleza del deudor y al número de refinanciadores, en contra de la apreciación de que la refinanciación comporta un daño, opera el rigor de la disciplina plasmada en la DA Cuarta LC. Toda refinanciación deberá observar los sucesivos requisitos que allí se imponen, que alejan la presunción de que el acuerdo de refinanciación pudiera haber implicado una concesión abusiva de crédito, una culpabilidad concursal o cualquier otra fuente de responsabilidad frente a terceros. Son varias las reglas que sustentan esa afirmación.

La primera atiende al límite mínimo del pasivo que debe participar en la refinanciación que exige implicar a un número relevante de acreedores. Ciertamente que en algún caso excepcional (principalmente en relación con pequeños empresarios o en situaciones de dependencia societaria) puede ser que esos tres quintos del pasivo estén en manos de un único titular o de pocos acreedores, pero en situaciones normales, el pasivo refinanciado habrá vinculado a la mayoría de éstos.

La segunda regla es la que se refiere al fin de la refinanciación. Como se destacó al principio, el régimen especial que mereció en la reforma de la LC introducida por medio del Real Decreto-Ley 3/2009 destacaba que esos acuerdos perseguían facilitar la continuidad de la actividad del deudor, si bien habrá de añadirse que ello siempre en el respeto de la finalidad principal del concurso. Se trata de que la refinanciación contribuya a la viabilidad, pero que lo haga de manera compatible con la posibilidad preconcursal, primero, y desde luego, en el marco del posterior concurso, de que los acreedores recuperen su inversión crediticia.

En relación con ello nos encontramos con una tercera regla que actúa como factor de exoneración de responsabilidad. La relación entre refinanciación y viabilidad del deudor no es una mera manifestación de parte, sino que la legislación concursal la ha convertido en condición objetiva al exigir un informe de experto, que deberá contener un “juicio técnico” sobre la suficiencia de la información

facilitada y sobre el “*carácter razonable y realizable del plan (de viabilidad)*” conforme a las nuevas condiciones fijadas en el acuerdo de refinanciación. Si a eso se añade que el informe del experto tendrá que formular un juicio sobre la “*proporcionalidad de las garantías*”, puede sostenerse que allí donde el experto haya elaborado su informe ajustándose al mandato normativo y realizando las manifestaciones exigidas por éste, el carácter lesivo del acuerdo de refinanciación será difícil de sostener. Desde el punto de vista concursal, una refinanciación respetuosa con las condiciones establecidas en la DA Cuarta LC es poco probable que permita un reproche a cargo de las entidades que accedieron a ella en cuanto a que su formalización supuso “*la generación o agravación de la insolvencia*”, y menos aún que al hacerlo se incurriera en “*dolo o culpa grave*” por parte de las entidades, como presupuestos del reproche de responsabilidad basado en su condición de administradores de hecho del deudor concursado (art. 164.1 LC), o en simples cómplices en el concurso que se pretende culpable (art. 166 LC).

10. Refinanciación y responsabilidad societaria: los bancos como administradores de hecho o administradores ocultos.

Las refinanciaciones pueden tener efectos societarios sobre el deudor. Tales efectos son los que implican obligar a los órganos sociales del deudor a adoptar determinadas decisiones que integran condiciones de la refinanciación, como pueden ser enajenaciones de activos, ajustes laborales, límites en el endeudamiento, abandono de determinadas actividades o, incluso, destituciones o nombramientos de determinados gestores. La historia económica está plagada de casos en los que la confianza que implica la refinanciación se vincula a que la futura actividad del deudor que se quiere hacer viable discurra por los cauces que los acreedores entienden que son ortodoxos. La adopción de esos cambios puede ser inmediata o plantearse de forma progresiva bajo la supervisión o seguimiento de los acreedores¹⁰. Lo cierto es que la financiación por medio del

¹⁰ v. algunas referencias en PULGAR, J., “La responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en Derecho español”, *cit.*, p. 141 y ss.

endeudamiento ha ido construyendo una genuina teoría en torno a cómo disciplinar la influencia de los acreedores bancarios sobre las sociedades deudoras¹¹.

Esta situación abre la puerta a la consideración de esas entidades como administradores de hecho, tanto a los efectos concursales, como a los estrictamente societarios. Entre los primeros, además de la ya apuntada cuestión de la responsabilidad ante un eventual concurso culpable, aparece la nada desdeñable amenaza de subordinación de los créditos incluidos en la refinanciación (art. 92, 5º, en relación con el art. 93.2, 2º, ambos de la LC). La cuestión añadida es la de si esa “*implicación*” indirecta u “*oculta*”¹² de los acreedores en la gestión de la sociedad abre la puerta a la exigencia de una responsabilidad societaria, que a primera vista encuentra un terreno abonado en el art. 133.2 LSA.

El mismo problema aparece en aquellas situaciones en las que los refinanciadores deciden una participación directa en la gestión, incorporándose al órgano de administración.

La respuesta debe ajustarse a un criterio general restrictivo a la hora de atribuir a las entidades de crédito esa condición de administradores de hecho. Acogiendo la delimitación de la figura en el ordenamiento británico, creo que el elemento principal a favor de esa atribución pasa necesariamente porque las entidades de crédito que refinanciaron desarrollen una conducta en el seno del deudor o en relación con su actividad que exceda de la mera relación crediticia (es decir, de

¹¹ El Derecho británico ofrece una cuidada elaboración de esa teoría en torno a la relación entre “*debt finance and corporate governance*”: por todos, v. FERRAN, E., *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford (2008), p. 341 y ss.

¹² Lo que conduce a esa noción ya extendida en otros ordenamientos y jurisprudencias del “*administrador en la sombra*”; v. FERRAN, *op. cit.*, p. 344: “*A shadow director means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act. A shadow director is someone who has real influence in the affairs of a company*”.

las condiciones establecidas en el mismo acuerdo de refinanciación que cabe ubicar en esa relación banco-cliente).

No creo que apunte a la concurrencia de una responsabilidad concursal el hecho de que la administración concursal ejercite las acciones impugnatorias a las que se encuentra legitimada por el apartado 3 de la DA Cuarta. Esa impugnación no parte de la existencia de un comportamiento culpable de los bancos. Su motivación necesaria será el entendimiento de que una refinanciación que ha sido aprobada y ejecutada conforme con los requisitos legales, implica un perjuicio a la masa activa que permite el ejercicio de las acciones recisorias establecidas en la propia LC. Como dice el art. 73 LC, se trata de acciones que van encaminadas a atacar la eficacia de la refinanciación pero no necesariamente a establecer otro tipo de consideraciones. Cuestión distinta es que nos adentremos ante la situación prevista en el apartado 2 del art. 73 LC que contempla la posibilidad de reintegración a la masa de los bienes y derechos que salieron del patrimonio del deudor como consecuencia del acuerdo de refinanciación. Aquí se abre claramente por el citado precepto una puerta a la responsabilidad de los bancos por la vía de la condena a entregar el valor de aquello que salió del patrimonio del deudor en los términos señalados en ese precepto. Una responsabilidad que, claro está, sólo puede establecerse a partir de la concurrencia de los requisitos (sobre todo, la mala fe) previstos en ese precepto.

11. Refinanciación y responsabilidad administrativa.

El último apartado que también cabe apuntar con toda brevedad es el de la responsabilidad que podríamos calificar como administrativa. La legislación bancaria en materia de supervisión delimita determinadas infracciones con una notable amplitud, de manera que puede considerarse que, bajo determinadas circunstancias, acceder a una refinanciación constituyó una conducta imprudente

y, en consecuencia, terminar siendo el origen de una responsabilidad administrativa basada precisamente en la concesión de esa refinanciación.

12. Recapitulación.

Termino esta apresurada revisión de cuestiones sobre la eventual responsabilidad bancaria inherente a acuerdos de refinanciación con dos breves consideraciones. En primer lugar, creo que la reforma de 2009 ha aportado un importante grado de certeza a este aspecto de la financiación (pre)concursal, de manera que el respeto de las condiciones impuestas por la DA Cuarta LC restringe de manera cuasi absoluta la exigencia de responsabilidad por su suscripción. En segundo término, las refinanciaciones deben apuntar a la continuidad de la actividad del deudor pero ésta no es el único criterio que debe barajarse en su evaluación ante el acaecimiento del concurso. La refinanciación es también un acto que en el concurso debe respetarse si persiguió el legítimo interés de los acreedores por el cobro de sus créditos.

Mayo 2010